

ANNATA LXXXVII

Maggio-Agosto 2012

N. 3-4

DIR. FALL.

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETÀ' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI, LINO GUGLIELMUCCI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

estratto



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA - 2012

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE COME CONTRATTO PRIVATISTICO: IL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA OLTRE LE PROCEDURE CONCORDATARIE

di

IVAN LIBERO NOCERA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli accordi di ristrutturazione come variante concordataria. – 3. Corollari della qualificazione dell'accordo come «concordato semplificato». 4. – Gli accordi di ristrutturazione come procedura concorsuale autonoma. 5. – Il tentativo della ricostruzione unitaria di un *genus* concordatario. 6. – Gli accordi come nuova procedura concorsuale. 7. – Affermazione della natura privatistica. 8. – *Segue*. (Assenza di) universalità, *par condicio* e concorsualità. 9. – Permanenza della natura privatistica anche dopo le novelle. 10. – Conseguenze della mancata qualificazione in senso concorsuale. 11. – La necessità di un'analisi di diritto civile nel diritto della crisi d'impresa.

1. *Premessa*. – Preliminare ad ogni analisi circa gli accordi di ristrutturazione si colloca la questione dell'individuazione della natura giuridica di tale istituto.

La laconica disciplina – inserita inizialmente nel solo art. 182-*bis* legge fallim., cui si è aggiunto dal 2010 l'art. 182-*quater* legge fallim. – pone all'interprete il dubbio relativo alla qualificazione degli accordi come variante del concordato preventivo, ovvero quale figura autonoma dal concordato ma pur sempre compresa nell'ambito delle procedure concorsuali, o ancora come istituto di natura strettamente negoziale⁽¹⁾.

Tale problema non è meramente teorico in quanto rappresenta il presupposto per la soluzione di problematiche applicative di notevole rilievo quali, su tutte, l'efficacia dell'accordo rispetto ai creditori non aderenti,

(*) Dottore di ricerca in diritto privato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

(1) Del resto la relazione illustrativa al d.l. 35/2005 che ha introdotto l'art. 182-*bis* legge fallim. non precisa se la fattispecie in analisi abbia una sua autonomia o sia piuttosto una particolare ipotesi di concordato preventivo, in quanto afferma che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa».

l'apparato rimediale di tutela, l'operabilità del principio di consecuzione di procedure concorsuali, l'applicazione del Reg. CE n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere⁽²⁾. Risulta dunque rilevante esaminare le possibili soluzioni prospettate dai formanti dottrinario e giurisprudenziale, analizzando e sottoponendo a critica le argomentazioni poste a loro fondamento.

2. *Gli accordi di ristrutturazione come variante concordataria.* – *Prima facie* risulta palese l'affinità di genere tra concordato ed accordo di ristrutturazione, in quanto è possibile individuare molte analogie sia sul piano operativo – laddove in entrambi concorrono gli elementi della ristrutturazione dei debiti, del consenso delle parti, della relazione dell'esperto, dell'omologazione –, sia sul piano funzionale. Infatti, in ambedue gli istituti è possibile rintracciare quell'«invasione» dell'autonomia privata nell'area dell'insolvenza: nel concordato in modo minore sebbene non marginale⁽³⁾, nell'accordo di ristrutturazione in senso più netto, configurando un istituto dove è decisamente lampante la tendenza definita quale «privatizzazione della crisi d'impresa».

L'indirizzo che riconosce all'istituto *de quo* la natura di procedura concorsuale, nell'individuare uno stretto legame con il concordato preventivo, valorizza le affinità tra i due strumenti di risanamento dell'impresa, sottolineando innanzitutto la collocazione topografica dell'art. 182-*bis* legge fallim. nell'ambito delle disposizioni in tema di concordato preventivo. Infatti, il legislatore nel prevedere la nuova figura invece di introdurre la disciplina in un nuovo titolo o capo della legge fallimentare, ha inserito le nuove norme nel titolo dedicato al concordato preventivo, denominando la stessa rubrica del titolo III «Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione», per poi esporre l'intera disciplina degli accordi nel capo V, dove è stata aggiunta la rubrica «Degli accordi di ristrutturazione dei debiti» all'originaria «Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo»⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Com'è noto tale Regolamento è volto a evitare che le parti siano incentivate dalla difformità degli ordinamenti giuridici a spostare beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro per migliorare la loro condizione giuridica (c.d. *forum shopping*).

⁽³⁾ Come si vedrà in seguito la disciplina del concordato preventivo come novellata dalla stagione delle riforme della legge fallimentare prevede all'art. 160, legge fallim., la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, e l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che contempli una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati ponendo fine ad una questione rimasta insoluta anche in seguito alla riforma del 2006, laddove i novellati artt. 182-*ter* e 124, comma 3, legge fallim. erano accomunati nel segno del possibile pagamento in percentuale o dilazionato e quindi non integrale anche dei crediti prelatizi.

⁽⁴⁾ Sul punto si vedano le riflessioni di GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito*

Il suddetto orientamento evidenzia inoltre nell'art. 182-*bis* legge fallim. numerosi punti di contatto tra la disciplina degli accordi e quella del concordato preventivo.

Innanzitutto, le modalità di presentazione dell'accordo fanno esplicito rinvio a quelle di cui all'art. 161 legge fallim. in tema di concordato preventivo. Vale evidenziare altresì la congiunzione «nonché» inserita nella lett. e) del comma 3 dell'art. 67 legge fallim., laddove si esentano dalla revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis*».

La disciplina prevede inoltre una fase di controllo giurisdizionale con il compito di verificare la legittimità dell'accordo, esercitato dal Tribunale fallimentare, ovvero dalla medesima Autorità giudiziale competente ai fini dell'omologazione del concordato preventivo.

Negli accordi di ristrutturazione, poi, si garantisce che la parità di trattamento non sia modificata se non per esplicita volontà dei creditori che decidono di aderire all'accordo: di conseguenza, il principio del concorso dei creditori è declinato secondo le caratteristiche tipiche dei processi concorsuali⁽⁵⁾. Infatti, nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione sussiste il divieto di azioni esecutive o cautelari individuali, da parte dei creditori anteriori, sul patrimonio del debitore; inoltre, ogni creditore beneficia della facoltà di esperire l'azione di opposizione all'omologa del giudice. Oltre a ciò, si richiede, ai fini dell'efficacia dell'accordo, una percentuale minima di partecipazione dei creditori, i quali devono rappresentare almeno il sessanta per cento dei crediti; è poi prevista l'ultrattività delle regole dell'accordo dopo la chiusura del procedimento di omologazione.

Vi è, in aggiunta, l'obbligo di assicurare in ogni caso il regolare pagamento dei creditori estranei, e l'esenzione dalla revocatoria in ipotesi di successivo fallimento per gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo; esenzione che è prevista, peraltro, nella stessa disposizione che esclude dal raggio della revocatoria gli atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo. Tale deroga si fonda inoltre sulla presunzione che tali atti non siano stati posti in essere in frode ai creditori.

Infine, in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 78 del 2010 con la

del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali, in *Dir. fall.*, 2008, 624, il quale critica l'argomento della *sedes materiae*. Si pone invece in posizione dubitativa in merito AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fall.*, 2005, 949.

⁽⁵⁾ In proposito si veda su tutti BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in GALGANO, *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, 110.

previsione dell'art. 182-*quater* legge fallim. si aggiunge anche la prededucibilità dei finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo, chiarendo che anche i crediti sorti in esecuzione di un accordo integrano quei crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» che, ai sensi dell'art. 111 legge fallim., usufruiscono del carattere della prededucibilità⁽⁶⁾.

È infatti pacifico che, come si vedrà più approfonditamente nel proseguo della trattazione, il principio della *par condicio creditorum* non assegna un «diritto in senso tecnico»⁽⁷⁾ ai creditori, ma rappresenta un principio generale il cui tratto precettivo è destinato a trovare applicazione attraverso le regole giuridiche di dettaglio⁽⁸⁾. Di conseguenza, al pari di ogni principio, è suscettibile di essere attuato in misura limitativa o estensiva a seconda delle esigenze del legislatore il quale, come emerge dall'analisi di numerose fattispecie⁽⁹⁾, può scegliere di «farlo regredire a mera linea di tendenza»⁽¹⁰⁾.

Non desta dunque sorpresa che negli accordi di ristrutturazione il suddetto principio si atteggi in maniera differente rispetto alla procedura fallimentare, potendo prevedere il soddisfacimento di tutti i creditori con modalità differenziate a seconda della loro adesione o meno all'accordo. Infatti, nella procedura di concordato preventivo, come novellato dalla stagione delle riforme fallimentari, è possibile prevedere trattamenti differenziati nel rispetto della legge, suddividendo i creditori in classi secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei rimessi all'autonomia del debitore, il quale ha altresì la facoltà di attribuire ai creditori prelatizi pagamenti non integrali⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Sul punto si vedano le osservazioni di FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 81; e GUGLIEMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 345.

⁽⁷⁾ Così SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319.

⁽⁸⁾ Sulla considerazione della *par condicio creditorum* tra i principi generali si veda BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA-ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 61. Nello stesso senso anche ALPA, *I principi generali*, in IUDICA-ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 409.

⁽⁹⁾ Basta solo citare il caso dei patrimoni destinati ad un determinato affare, ovvero il fondo patrimoniale, o ancora gli effetti del fallimento sul contratto di *leasing*.

⁽¹⁰⁾ Così MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in MAZZAMUTO, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, 845.

⁽¹¹⁾ Il criterio della posizione giuridica pare riguardare la tipologia del credito e la sua possibilità di soddisfo in sede di esecuzione forzata (crediti prededucibili, crediti assistiti da cause di prelazione, crediti chirografari, crediti postergati). In questo senso si veda ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008,

Un elemento comune alle fattispecie degli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo si riscontra altresì nella comune efficacia soggettiva. Si osserva in proposito che in entrambe le figure si verifica l'estensione *ope judicis* di quanto approvato dalla maggioranza ai creditori dissenzienti in caso di concordato preventivo, ovvero ai creditori estranei all'accordo di ristrutturazione.

Si suole perciò annoverare gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo tra le «procedure di composizione negoziale dell'insolvenza»⁽¹²⁾, sottolineando il nuovo *favor* verso l'autonomia del debitore e la volontà dei creditori, giacché solo ad essi è rimessa la valutazione dei propri interessi e la decisione di proporre delle iniziative giudiziali dirette alla loro tutela, dando ingresso ad un apprezzamento del giudice solo in caso di opposizione dei creditori dissenzienti⁽¹³⁾. Pacificamente il concordato preventivo appartiene inoltre al *genus* delle procedure concorsuali, benché consenta ampia autonomia nel contenuto della proposta al debitore, permettendo

408; BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, in *Il Fall.*, 2009, 423, e in giurisprudenza Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il Fall.*, 2009, 789. In alcune decisioni si è pure ammessa la possibilità che anche tra i privilegiati possano riscontrarsi posizioni giuridiche diverse secondo il diverso substrato normativo ed economico che giustifica un differente grado e trattamento normativo: in tal senso Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, e Tribunale Mantova, 30 ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 99; *contra* Tribunale Piacenza, 1° ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 66. Secondo PACCHI-D'ORAZIO-COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in DIDONE, *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, 1785. Il criterio dell'interesse economico sembra riferirsi invece alle qualità concrete del creditore o del credito ovvero all'interesse al soddisfacimento, tenendo conto di criteri soggettivi e oggettivi, potendo avere rilievo la specifica attività esercitata dal creditore, il rapporto che unisce il creditore al debitore, la certezza del credito, la sicurezza del credito, le dimensioni del medesimo. Si veda in proposito LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, 385; MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente «classamento» dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, in *Il Fall.*, 2010, 43; P. F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, 326; FERRO, *sub art.* 169, in *Id.*, *La legge fallimentare*, Padova, 2007, 180; GALLETTI, *sub art.* 160, in JORIO-FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, II, 2269.

⁽¹²⁾ Un recente convegno tenuto a Reggio Emilia l'8 ottobre 2010 titolava appunto «*Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*»; nello stesso senso LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Il Fall.*, 2008, 991, le accomuna nella dizione di «procedure preventive delle crisi d'impresa».

⁽¹³⁾ In tema di concordato preventivo la recente decisione della Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giust. civ.*, 2011, 1673, nel ribadire l'estraneità al Tribunale del controllo sulla fattibilità, quale cognizione di merito, ha sottolineato che il giudice è «privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta (...) in quanto tale potere appartiene solo ai creditori, così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione (...) il Tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale quello di omologazione».

gli inoltre di gestire il suo patrimonio e di proseguire nell'attività d'impresa, ma sotto la vigilanza di un commissario nominato dal Tribunale.

Parte della dottrina, nei primi anni successivi all'introduzione dell'art. 182-*bis* legge fallim., ha ritenuto individuare nei suddetti dati degli indicatori di una sostanziale comunanza tra i due istituti, etichettando l'accordo di ristrutturazione quale mera variante o *species* del concordato. In particolare, tale orientamento raffigurava l'istituto di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. quale una modalità di attuazione alternativa a quella concordataria classica – al pari dell'antica relazione fra concordato per garanzia e per cessione di beni – da cui discenderebbe la possibilità di applicare in via diretta le norme del concordato preventivo⁽¹⁴⁾.

Del resto, il legislatore non ha previsto un *numerus clausus* di tipologie di concordato preventivo, facendo assurgere invece il concordato a strumento elettivo per la soluzione della crisi d'impresa, il quale può contenere un piano industriale con all'interno un accordo di ristrutturazione dei debiti⁽¹⁵⁾. Inoltre, qualora si assegnasse all'istituto *de quo* una natura autonoma rispetto al concordato non si spiegherebbe la ragione della *figura iuris* e la coerenza sistematica, visto che la stessa riforma del 2005 aveva introdotto anche lo strumento del piano attestato di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim., che senza particolari vincoli consente di dare accesso ai medesimi risultati della ristrutturazione e della protezione dall'azione revocatoria⁽¹⁶⁾. Adesso tale ultima considerazione ha perso però di consistenza in quanto in seguito alle novelle del 2007 e 2010 gli accordi di ristrutturazione presentano una protezione *de iure* dalle azioni esecutive e cautelari.

⁽¹⁴⁾ In merito cfr. BONFATTI-CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 283; GASPARELLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Pratica fiscale professionale*, 2006, 12, 36; CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, 604; PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 674; FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 24, 56; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, 333; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2005, 871; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, 1088; COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 281. In giurisprudenza riconosce esplicitamente l'efficacia *erga omnes* Tribunale Milano, 21 dicembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, 669.

⁽¹⁵⁾ Infatti la Relazione accompagnatoria della d.l. n. 35 del 2005 esplicitamente afferma che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta, anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa».

⁽¹⁶⁾ Si veda in merito BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2005.

3. *Corollari della qualificazione dell'accordo come «concordato semplificato».* – Dalla sussunzione degli accordi di ristrutturazione nell'ambito concordatario derivava la conseguenza dell'individuazione del presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura. Difettando nella versione originaria dell'art. 182-*bis* legge fallim. una qualsiasi specificazione della condizione economico-finanziaria dell'imprenditore in crisi, si individuava il presupposto oggettivo nello «stato di crisi» previsto dall'art. 160 legge fallim. per il concordato preventivo. Tale elemento è stato poi esplicitamente previsto dalla riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007 e individuato proprio nello stato di crisi, confermando un'ulteriore punto di comunanza⁽¹⁷⁾. Allo stesso modo il presupposto soggettivo, indicato inizialmente nel generico «debitore», può specificarsi nell'imprenditore commerciale non escluso dal fallimento.

Ulteriore effetto della qualificazione degli accordi quale forma semplificata di concordato, sarebbe l'identificazione quale Tribunale competente di quello del concordato preventivo, con il corollario che il trasferimento della sede avvenuto nell'anno precedente al deposito del ricorso non rileverebbe ai fini della individuazione della competenza, visto che il legislatore ha fissato una presunzione *iuris et de iure* di un anno ai fini dell'individuazione della «sede della crisi». Tale presunzione risulta chiaramente connessa al precedente insorgere dello stato d'insolvenza, che però non appare più giustificata in considerazione del dimezzamento del periodo sospetto per la revocatoria fallimentare «ordinaria».

Sarebbero evidenti inoltre i corollari in termini di efficacia per i terzi: negando infatti una natura giuridica autonoma all'istituto *de quo* si sostiene l'efficacia *erga omnes* degli accordi di ristrutturazione derivante dall'applicazione diretta dell'art. 184 legge fallim., vincolando dunque anche i credi-

⁽¹⁷⁾ Prima della riforma del 2007 la dottrina maggioritaria reputava che non fosse essenziale lo stato di crisi dell'imprenditore per accedere allo strumento di cui agli artt. 182-*bis*. Si veda in proposito DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2005, 39, il quale osservava che «secondo le regole in esame non versa in crisi (giacché non è menzionato) l'imprenditore che proponga un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis* legge fallim. o che predisponga e concordi un piano di risanamento». In giurisprudenza Tribunale Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, 187, ammetteva la possibilità che venisse omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti di un'impresa *in bonis*. Riteneva invece necessario lo stato di crisi cfr. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., 620. Secondo VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., 1089; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 2267, AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fall.*, 2005, 949, lo stato di crisi costituiva il presupposto oggettivo degli accordi in quanto il rinvio all'art. 161 legge fallim. non può non richiamare implicitamente l'art. 160 legge fallim..

tori non aderenti. La figura di cui all'art. 182-*bis* sarebbe quindi soggetta al principio maggioritario al pari di quanto avviene nelle altre fattispecie informate alla logica concorsuale, laddove quanto approvato con la maggioranza previste dagli artt. 128 e 177 legge fallim. si estende agli altri creditori, ai sensi rispettivamente dell'art. 135 per il concordato fallimentare, e appunto dell'art. 184 per quello preventivo.

I creditori estranei, quindi, non subiscono un effetto deteriore rispetto al livello di tutela assicurato loro nel concordato preventivo, come accadrebbe qualora si ammettesse l'efficacia esterna di quanto stipulato con il sessanta per cento dei creditori. Infatti, dall'applicazione dell'art. 160 legge fallim. deriverebbe la possibilità di pagamento non integrale per i creditori garantiti, entro il limite costituito dal rispetto dell'ordine delle cause di prelazione⁽¹⁸⁾.

Assumendo la tesi che individua negli accordi di ristrutturazione un «concordato preventivo semplificato»⁽¹⁹⁾, questi si differenzerebbero dal concordato preventivo essenzialmente per essere caratterizzati da una procedura più agile – in quanto priva delle fasi di ammissione e di votazione – e più rapida, giacché l'accordo non si perfeziona nelle more della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato, bensì con la partecipazione dei creditori alla stesura dell'intesa, prima che questa sia portata all'attenzione del Tribunale.

4. *Gli accordi di ristrutturazione come procedura concorsuale autonoma.* – Dopo la riforma del 2007 – che oltre a individuare nello stato di crisi il presupposto oggettivo, ha previsto una protezione dalle azioni esecutive e cautelari – la tesi che considerava gli accordi come variante semplificata del concordato preventivo, ha perso parte del proprio vigore persuasivo, essen-

⁽¹⁸⁾ Si veda sul punto SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 9, il quale, riprendendo le osservazioni sul principio di maggioranza elaborate da GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, deduce l'estensione dell'efficacia dell'accordo ai creditori non aderenti dall'individuazione di una comunanza oggettiva di interessi rintracciabile nella maggiore rapidità della procedura ad un costo inferiore rispetto al concordato preventivo. Motiva inoltre l'efficacia *erga omnes* dell'accordo nei confronti di tutti i creditori dell'imprenditore in crisi in base alla sussistenza del diritto di opposizione come tutela a favore dei terzi estranei, ai quali viene concesso tale rimedio, in ragione proprio della circostanza che subiscono anch'essi gli effetti dell'accordo e sono i soli ad avere un interesse concreto. Infatti qualora l'accordo, che secondo tale autore deve sottostare alle regole concorsuali del concordato preventivo, risulti approvato dai creditori privilegiati pregiudicando i chirografari, senza che i primi rinuncino al diritto di prelazione i creditori estranei potranno esperire l'azione di opposizione all'omologa.

⁽¹⁹⁾ Si vedano in tal senso VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, cit., 871; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., 1088.

do state colmate alcune delle lacune che potevano suggerire una natura concordataria.

Altra parte della dottrina ha quindi sostenuto l'autonomia delle due figure ammettendo l'applicazione analogica, derivante dalla comune appartenenza degli accordi *ex art. 182-bis* e del concordato preventivo al comune *genus* delle procedure concorsuali⁽²⁰⁾. Di conseguenza, secondo questo indirizzo, al fine di colmare le lacune sussistenti nella normazione positiva, si dovrà ricorrere all'applicazione analogica e non diretta delle norme della legge fallimentare⁽²¹⁾.

Alla soluzione del problema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione è legata, tra i vari corollari, la questione della possibilità di un utilizzo degli accordi di cui all'*art. 182-bis* legge fallim. nell'ambito del concordato preventivo. Occorre quindi stabilire se la relazione tra le due figure si presenti unicamente in termini di alternatività o possa anche sussistere una complementarità.

Qualora infatti si assumesse l'istituto *de quo* quale una variante del concordato preventivo, sarebbe allora conseguentemente ammissibile l'utilizzazione dell'accordo di ristrutturazione all'interno della procedura di concordato preventivo, consentendo di acquisire preventivamente il consenso dei creditori su un ipotetico piano di ristrutturazione, sì da evitare, come detto sopra, la fase di ammissione e votazione. In questa maniera si realizzerebbe un'operazione più celere che agevolerebbe la conclusione della procedura concordataria offrendole maggiori garanzie di successo.

Nella differente ipotesi «autonomistica», invece, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo sarebbero due figure distinte che sfuggirebbero a un tentativo di intersecazione. Si potrebbe tollerare unicamente che il contenuto della proposta del concordato, seguendo le forme processuali proprie di tale procedura, contempli l'inserimento di un accordo di ristrutturazione nell'ambito della previsione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse stabilito dall'*art. 160* comma 1 lett. d) leg-

⁽²⁰⁾ In tal senso su tutti FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 151; DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallim.*, in *Corr. giur.*, 2010, 245.

⁽²¹⁾ La tradizionale dottrina fallimentaristica infatti trae dalla nozione di concorsualità presente in tutte le procedure fallimentari la possibilità di estendere, mediante il procedimento analogico, la disciplina di cui alla legge fallimentare con preferenza rispetto al codice civile o al codice di procedura. In tal senso si veda BONSIGNORI, *Disposizioni generali della dichiarazione di fallimento*, sub *artt. 2-3 legge fallim.*, in BRICOLA-GALGANO-SANTINI, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 44; ID., *Concordato preventivo*, sub *art. 160 legge fallim.*, in BRICOLA-GALGANO-SANTINI, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 4; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1974, 42; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 43.

ge fallim.. Tuttavia, il consenso dei creditori sul contenuto della proposta non potrà raggiungersi anticipatamente secondo la disciplina stabilita dall'art. 182-*bis* legge fallim., sottostando alle modalità previste dalla normativa sul concordato preventivo.

Ora, appare difficile disegnare una categoria concordataria unitaria, comprendendo in essa il concordato preventivo, quello fallimentare e gli accordi di ristrutturazione date le differenze tra i tre istituti, e i rischi che potrebbero conseguire da un'applicazione diretta alle altre figure delle norme del concordato preventivo assunto a *genus* ⁽²²⁾.

Non ha avuto infatti séguito il tentativo pur autorevole di costruire una categoria generale nella quale includere il concordato preventivo, quello fallimentare e il concordato stragiudiziale, istituto precursore degli accordi di ristrutturazione definiti infatti come «concordato stragiudiziale omologato» ⁽²³⁾. I suddetti istituti si ritenevano infatti tutti riconducibili a un paradigma contrattuale fra imprenditore insolvente e i suoi creditori, avente ad oggetto il soddisfacimento dei crediti, in modo da permettere l'adempimento al debitore con la conseguente rimozione dello stato d'insolvenza ⁽²⁴⁾.

5. *Il tentativo della ricostruzione unitaria di un genus concordatario.* – Tale concezione contrattualistica è stata sostenuta con varie sfumature da molti autori, i quali riconoscevano nel concordato un'organizzazione su base maggioritaria in sede di votazione, giustificando così il rispetto del metodo collegiale e l'efficacia *erga omnes* della volontà unitaria ⁽²⁵⁾. Tuttavia,

⁽²²⁾ Benché anche nella manualistica recente sia presente una trattazione unitaria del concordato preventivo e di quello fallimentare, si veda CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 285, si ritiene tuttora da preferirsi l'impianto categoriale classico delineato da BONSIGNORI, *Del concordato*, sub artt. 118-145 *legge fallim.*, in BRICOLA-GALGANNO-SANTINI, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 128; FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 193.

⁽²³⁾ Così FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182 bis *legge fallim.*) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore, in *Dir. fall.*, 2005, I, 849.

⁽²⁴⁾ In tal senso FERRARA, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 471. Già ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 149, nell'imperio del codice di commercio del 1882, qualificava il concordato c.d. giudiziale o di massa previsto dagli artt. 833 e seg., in senso contrattualistico osservando che «tanto più ci si allontana dalla concezione contrattualistica e più si cade nell'artificio e nell'errore», aggiungendo che «una costruzione soddisfacente del concordato non sia possibile che su base contrattuale» in quanto «il concordato è un contratto».

⁽²⁵⁾ Si ricorda in proposito la posizione di DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1959, 551, secondo il quale si può individuare nel concordato una proposta del debitore diretta ai creditori chiamati ad approvarla, con l'omologazione giudiziale in funzione di mera condizione legale o *condicio iuris* per rendere efficace un contratto già stipulato. Con leggerezza variazioni SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, 365, identificava invece nel concordato preventivo un accordo diretto a regolare un rapporto giuridico patrimoniale disciplinato

questo orientamento si è scontrato con la diversità qualitativa del procedimento di formazione e con le caratteristiche processuali del concordato, in cui la deliberazione dei creditori rappresenta un atto processuale complesso che individua nel provvedimento giudiziale la fonte del regolamento concordatario⁽²⁶⁾. Peraltro, il concordato preventivo si differenzia già da quello fallimentare o incidentale, il quale, pur condividendo la struttura del primo, costituisce un sub-procedimento del processo di fallimento diretto ad attuare una sistemazione dell'insolvenza cui segue la cessazione del fallimento.

Inoltre, se si analizza la disciplina enunciata all'art. 182-*bis* legge fallim. si nota come il rinvio alle disposizioni in tema di concordato preventivo sia circoscritto all'art. 161, che stabilisce le modalità da seguire ai fini della presentazione della dichiarazione e della documentazione; all'art. 183 con riferimento al reclamo contro il decreto di omologazione; all'art. 168, comma 2, sulla sospensione delle prescrizioni nella moratoria di azioni esecutive e cautelari dopo la pubblicazione, rendendo evidente *a contrario* il mancato richiamo al ben più rilevante comma primo. Del resto, non si fa cenno neppure all'art. 160 legge fallim. che enuncia i presupposti per l'ammissione alla procedura⁽²⁷⁾. Si deduce che qualora il legislatore avesse ritenuto l'accordo una forma di concordato non avrebbe certamente fatto ricorso alla tec-

dalla volontà delle parti e l'omologazione del Tribunale funziona come condizione di efficacia imposta per il controllo della legalità e della convenienza del concordato al fine di tutelare gli interessi della minoranza dissenziente. L'orientamento adottato da F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, 151, qualificava il concordato alla stregua di una transazione laddove vedeva contrapporsi l'offerta del debitore di pagare una certa frazione del credito, alla rinuncia dei creditori di domandare la differenza, al fine reciproco di evitare la lite esecutiva incarnata dal fallimento.

⁽²⁶⁾ Per la posizione processualistica si veda su tutti BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, sub art. 160 legge fallim., BRICOLA-GALGANI-SANTINI, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 318; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1979, 15; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, 1276; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, 1070; FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali*, Padova, 1989, 43.

⁽²⁷⁾ Tuttavia un'interpretazione funzionale porta a ritenere il termine «documentazione» di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. come riferito non solo ai documenti previsti alle lett. a), b), c) e d) dell'art. 161, comma 2 legge fallim. – vale a dire un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività, l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, nonché il valore dei beni ed i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili – ma esteso anche al piano di ristrutturazione di cui all'art. 160 legge fallim. richiamato dal disposto dell'art. 161, comma 3, legge fallim.. Infatti la documentazione si rivelerebbe monca senza il necessario piano di ristrutturazione che costituisce il cuore dell'operazione di salvataggio.

nica del richiamo normativo puntuale, stabilendo l'applicazione di tutta la disciplina del concordato in quanto compatibile.

Da un punto di vista procedurale, poi, il d.lgs. n. 169 del 2007 ha precisato che l'imprenditore in stato di crisi possa «domandare» l'omologazione dell'accordo depositando la documentazione di cui all'art. 161 legge fallim., mentre prima della novella la stessa norma prevedeva che il debitore potesse depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161 legge fallim., un accordo di ristrutturazione, senza fare riferimento ad una espressa autonoma domanda. Si evince dunque come l'imprenditore in crisi domandi l'omologazione di un contratto già perfezionato, depositando i medesimi documenti che nel concordato preventivo sono necessari ai fini dello svolgimento dell'istruttoria per l'ammissione alla procedura. Negli accordi di ristrutturazione non è invece contemplata una fase di ammissione con la nomina di organi del procedimento, né è prevista la formazione di una maggioranza in assemblea.

A differenza del concordato preventivo, inoltre, si afferma l'efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese, la sospensione del corso degli interessi e la possibilità di costituire nuovi diritti di prelazione nelle more del procedimento. Peraltro, qualificando l'istituto *de quo* quale variante del concordato preventivo non si comprenderebbe l'esplicita previsione di un decreto di omologa dell'accordo.

Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione appaiono due istituti dalla configurazione speculare giacché nel primo il piano di ristrutturazione viene concepito unilateralmente e proposto con ricorso al giudice, per essere approvato successivamente dalla maggioranza dei creditori in un procedimento cui è chiamato l'intero ceto creditorio. Nella figura prevista dall'art. 182-*bis*, invece, l'accordo si origina nel dialogo con una parte dei creditori in rappresentanza di almeno il sessanta per cento dei crediti, in merito a proposte per lo più di carattere individuale, e solo in seguito sussiste una fase procedimentale dinanzi all'Autorità giudiziale. Tale percentuale del sessanta per cento costituisce una soglia da raggiungere per potersi avvalere dello strumento, senza rappresentare una maggioranza vincolante per la minoranza.

La circostanza che l'accordo di ristrutturazione si presenti come un contratto il cui perfezionamento sia già concluso in via stragiudiziale, giustifica l'assenza sia di un'udienza di comparizione in camera di consiglio, sia del commissario giudiziale, che nel concordato preventivo assume invece funzioni di coordinamento e controllo su tutta l'attività svolta dal debitore, coadiuvandolo nella gestione dell'attività d'impresa e nell'esecuzione degli obblighi concordatari. Per la stessa ragione si comprende la diversa e più ampia latitudine della relazione del professionista che per gli accordi di ristrutturazione non si limita ad una attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano, dovendo certificare «l'attuabilità dell'accordo

con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei».

Riguardo agli effetti sui creditori non aderenti, l'argomento che afferma una sostanziale corrispondenza di regole tra l'accordo di ristrutturazione e il concordato preventivo, in quanto in entrambe le ipotesi i creditori dissenzienti subirebbero quanto approvato dalla maggioranza per effetto dell'intervento giudiziale, è stato smentito dalla giurisprudenza. Negli accordi *ex art. 182-bis* sono completamente assenti gli effetti remissori propri del concordato preventivo: in sede pretoria è stato infatti più volte ribadito che le forme di ristrutturazione non si propagano ai creditori rimasti estranei all'accordo, ai quali l'accordo dovrà assicurare il «regolare pagamento», da intendersi nel senso di pagamento integrale in base all'originario titolo costitutivo⁽²⁸⁾.

La *sedes materiae* non vale di per sé ad attribuire all'istituto *de quo* la natura di procedura concordataria in quanto esaminando la disciplina si osserva come appaia certamente una certa consanguineità tra le due figure – entrambe volte a offrire una soluzione alla crisi d'impresa evitando l'insolvenza – però tale comunanza può essere circoscritta al *genus*, individuando questo proprio negli strumenti di gestione dell'insolvenza alternativi al fallimento. La contiguità tra i due istituti non si estende alla *species* in quanto i rimedi offerti dai due strumenti si presentano differenti.

Del resto, la rubrica del Capo V, Titolo III prevista in seguito alla legge n. 80/2005 – «Dell'omologazione del Concordato preventivo» – è stata novellata con la riforma del 2006 in «Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione», con l'interposizione del punto; inoltre, nella rubrica del Titolo III «Del Concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione» la sussistenza di due istituti autonomi è evidente dall'uso della congiunzione. Peraltro, anche l'art. 67, comma 3, lett. e) legge fallim. fa riferimento al concordato «e» agli accordi come a due istituti affini ma diversi.

L'intento del legislatore nel configurare una disciplina distinta e autonoma dal concordato preventivo si deduce inoltre dalla previsione dell'art. 182-ter relativa alla possibilità di adoperare la transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, riconoscendo anche all'erario, in veste di creditore, la possibilità di svolgere un ruolo attivo nel risanamento dell'impresa⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Si vedano in proposito le pronunce di cui al Tribunale Bergamo, 5 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 136; Tribunale Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 669; Tribunale Roma, 5 novembre 2009, in *www.ilcaso.it*.

⁽²⁹⁾ La disciplina di tale istituto appare da un lato rigorosa nel regolare le modalità transattive, di dilazione o di remissione, ed i tributi al centro della stessa procedura, dall'altro ca-

Ulteriore conferma è rintracciabile nella riforma del 2010 osservando il nuovo art. 182-*quater*, il quale nel disciplinare la prededucibilità dei crediti menziona sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione, al pari della novella di cui all'art. 217-*bis* legge fallim. che ha interessato le disposizioni penali, dove è stata introdotta una forma di esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 legge fallim.) e preferenziale (art. 216, comma 3, legge fallim.) con riferimento al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione, e al piano di risanamento attestato di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) ⁽³⁰⁾.

6. *Gli accordi come nuova procedura concorsuale.* – Risulta dunque prevalente in dottrina l'orientamento che sostiene l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo, ascrivendo tuttavia l'istituto *de quo* tra le procedure concorsuali, giacché ravvisa una sorta di corrispondenza biunivoca tra le due figure che si manifesta in affinità di contenuti e di forme ⁽³¹⁾.

ratterizzata da una certa autonomia delle parti in relazione al contenuto che può assumere la transazione. Si rammenta che il recente d.l. n. 789 del 2010 ha apportato modifiche all'art. 182-*ter* legge fallim. in senso sostanzialmente antielusivo: infatti tali novelle sono finalizzate a scoraggiare (anche con sanzioni penali) le rappresentazioni contabili dirette a far apparire la proposta più conveniente rispetto alla realtà. La transazione fiscale è considerata necessaria. Infatti il progetto di transazione fiscale si colloca nell'ambito della proposta concordataria, per cui dopo la conclusione delle attività relative al subprocesso transattivo, la transazione fiscale viene valutata dall'intero ceto dei creditori e sottoposta al giudizio dell'amministrazione finanziaria. Il raggiungimento della maggioranza prevista dalla legge per l'approvazione della proposta concordataria, la rende efficace e vincolante nei confronti di tutti i creditori, compresa l'amministrazione finanziaria. Se è presente l'assenso della maggioranza dei votanti, sebbene l'amministrazione sia contraria, allora si produrrà sia l'effetto della riduzione del credito fiscale secondo il progetto di transazione, sia il normale effetto liberatorio tipico del concordato.

⁽³⁰⁾ In dottrina effettuano una puntuale disamina delle differenze tra i due istituti PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, 192; MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, 305. In maniera specifica si veda inoltre Tribunale Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, 187.

⁽³¹⁾ Sostengono la tesi, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 633; FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, in *Foro it.*, 2006, 9, 2564; LO CASCIO, *La Nuova Legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2004, 362; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1156; ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Il Fall.*, 2008, 1237; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, 704; PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2008, 704.

L'istituto di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. disegna, secondo tale indirizzo, un procedimento complesso che prevede una fase stragiudiziale, in cui l'imprenditore in crisi e una parte dei suoi creditori stipulano un contratto, completata da una fase giudiziale costituita dal giudizio di omologazione in cui l'Autorità giudiziale verifica la sussistenza dei requisiti previsti dalla disposizione. Questa fase a carattere giudiziale è regolata, come detto, dalle norme processuali cui fa riferimento l'art. 182-*bis* legge fallim. con la tecnica del rinvio alle norme previste in tema di concordato preventivo, con riferimento in particolare alla presentazione del ricorso (art. 161 legge fallim.), agli effetti della pubblicazione (art. 168 legge fallim.), al reclamo contro il provvedimento del giudice a tutela dei creditori aderenti e dei terzi (art. 183 legge fallim.)⁽³²⁾.

A tale bifasicità corrisponderebbe una successione di disciplina applicabile, giacché lo stadio privatistico sarà governato dalle norme civilistiche sul contratto in generale, destinate ad essere scalzate dalla disciplina fallimentare non appena il giudice dichiara l'omologazione dell'accordo. Lo stesso accordo dunque avrebbe una duplice natura mutando da una qualificazione di contratto di diritto privato ad una di procedura concorsuale. Tale trasformazione sarebbe segnata dal provvedimento di declaratoria di omologa che fa conseguire all'accordo l'effetto esentativo rispetto all'azione revocatoria⁽³³⁾.

Da tale qualificazione si può quindi dedurre la possibilità di ricorrere al procedimento analogico applicando all'istituto *de quo* la disciplina concordataria, in quanto compatibile, in modo da colmare le carenze presenti ad esempio in tema di risoluzione⁽³⁴⁾ o per quanto concerne il divieto per i

turazione dei debiti, in *Dir. fall.*, 2008, II, 140. In giurisprudenza si veda Tribunale Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, 169; Tribunale Roma 16 ottobre 2006, *ivi*, 2007, 187; Tribunale Salerno, 3 giugno 2005, *ivi*, 2005, 1297.

⁽³²⁾ Il reclamo non segue il procedimento di cui all'art. 739 cod. proc. civ. in quanto altrimenti, ai sensi dell'art. 742 cod. civ., sarebbe revocabile e modificabile il decreto pronunciato, il quale dunque non sarebbe suscettibile di passare in giudicato, con il conseguente pericolo della permanente provvisorietà del provvedimento e dell'incertezza degli effetti.

⁽³³⁾ Si veda in merito su tutti FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 81.

⁽³⁴⁾ In tal senso GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 345; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, 157; e ancora FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 111. Tuttavia prima dell'introduzione normativa degli accordi di ristrutturazione la stessa FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, 132 riteneva inapplicabile analogicamente i principi concorsuali al concordato stragiudiziale allora atipico.

creditori privilegiati di sottoscrivere l'accordo senza rinunciare al privilegio⁽³⁵⁾.

La natura concorsuale e dunque pubblicistica degli accordi di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. emergerebbe, secondo questo orientamento, in particolare dalla tutela all'integrità del patrimonio offerta dalla moratoria sulle azioni esecutive e cautelari possibile sia per sessanta giorni nel corso delle trattative, sia per ulteriori sessanta giorni dopo la pubblicazione nel registro delle imprese. Ulteriore indice è rintracciato nella previsione dell'esenzione dalla revocatoria in caso di sopravvenuto fallimento a vantaggio degli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione: la previsione di tale esenzione confermerebbe la protezione del ceto creditorio nel rispetto del principio di concorsualità che sovrintende alla procedura, benché nella fattispecie la *par condicio* sarebbe diretta alla realizzazione dell'operazione di salvataggio dell'impresa in crisi, al pari di quanto accade nel concordato preventivo o nell'amministrazione straordinaria.

7. *Affermazione della natura privatistica.* – Eppure non pochi sono gli elementi che evidenziano l'impossibilità di inscrivere la figura di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. al novero delle procedure concorsuali, e dunque di applicare agli accordi di ristrutturazione, in via diretta o analogica, la disciplina del concordato preventivo, sicuramente più dettagliata. Appare invece preferibile qualificare gli accordi di ristrutturazione quale contratto di diritto privato valorizzandone la componente negoziale⁽³⁶⁾.

Osservando la prassi si nota infatti come in concreto si verifichino le dinamiche prettamente contrattuali, là dove l'imprenditore propone una riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa relativa ai

⁽³⁵⁾ Opina sul punto SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, cit., 14.

⁽³⁶⁾ Si vedano in merito PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, 561; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, 12; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 382; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 172; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., 193; FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, cit., 2566; CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, cit., 609; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 104. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Tribunale Brescia, 22 febbraio 2006, e Tribunale Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Il Fall.*, 2006, 669; Tribunale Milano, 23 gennaio 2007, ivi, 2007, 701; Tribunale Udine, 22 giugno 2007, ivi, 2008, 701; e la recente pronuncia del Tribunale Piacenza, 2 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

suoi creditori, i quali accettando perfezionano il contratto. Peraltro la stessa norma di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. parla, al comma 6, di «proposta di accordo», la quale dovrà essere idonea a dare vita, con l'accettazione da parte del destinatario, alla stipula di un contratto.

8. – Segue. (*Assenza di universalità*, par condicio e *concorsualità*. – Elementi peculiari di una procedura concorsuale sono la procedimentalizzazione, l'universalità in senso oggettivo e soggettivo – in quanto riguarda l'intero patrimonio e richiede la partecipazione di tutti i creditori – e infine la concorsualità⁽³⁷⁾).

Una procedura concorsuale costituisce infatti una disciplina processuale che contempla un procedimento di apertura regolandone i suoi effetti, prevedendo i sub-procedimenti per l'accertamento del passivo, la liquidazione coattiva dei beni del fallito, la distribuzione del ricavato tra i creditori concorrenti e per le operazioni di chiusura. Rappresentano inoltre indice della procedimentalizzazione lo spossessamento del debitore e la presenza di organi che *invito domino* vigilino se non gestiscano il patrimonio dell'impresa.

Negli accordi di ristrutturazione non si registra la presenza di un soggetto terzo nelle vesti di curatore o commissario: le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. Infatti, dalla lettera della norma si nota come non si sia in presenza di un procedimento, non sussistendo un provvedimento di apertura, né la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un amministratore giudiziale ovvero un comitato dei creditori. L'imprenditore in crisi inoltre resta *dominus* dell'impresa, in quanto non si realizza alcun spossessamento, tanto meno i suoi atti sono sottoposti ad un vincolo o ad un'attività di controllo esterno o ad un regime autorizzatorio: il debitore mantiene in modo pieno i suoi poteri di gestione e direzione.

Risulta del tutto assente quindi il carattere della officiosità, ovvero l'inizio della procedura per mezzo di un provvedimento di un organo pubblico (giudiziale o amministrativo) il quale conduce e gestisce la procedura medesima. Il giudice qui è chiamato a verificare unicamente la sussistenza dei requisiti ai fini dell'omologa, i quali costituiscono non requisiti di perfezionamento dell'accordo, che è già stato stipulato con lo scambio dei consensi, bensì appunto condizioni di omologazione. L'Autorità giudiziale si limita dunque a «dare atto» della sussistenza di determinate caratteristiche, neces-

⁽³⁷⁾ Sui vari elementi peculiari delle procedure concorsuali dopo la c.d. stagione delle riforme si veda PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 29; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in GALGANO, *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, 101. Sulla caratteristica dell'officiosità si rinvia alle considerazioni CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, 53.

sarie allo scopo di ottenere l'*imprimatur* che consente di «aprire l'ombrello protettivo», ponendo il contratto al riparo dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento.

L'accordo di ristrutturazione, inoltre, non ha un'efficacia *erga omnes* bensì, secondo il principio enunciato dall'art. 1372 cod. civ., effetti limitati a coloro che aderiscono in qualità di parti contraenti, mentre i creditori estranei subiscono il vincolo di non esperire le azioni revocatorie.

Non opera quindi la regola della maggioranza, e inoltre la circostanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento, che integra una condizione per l'omologazione: di conseguenza tale percentuale può essere conseguita anche successivamente alla stipula, quando gli accordi sono in corso di esecuzione⁽³⁸⁾.

Alla regola maggioritaria invece sottostà il concordato preventivo laddove, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, il proponente può prevedere che i crediti assistiti da un diritto di prelazione, non vengano soddisfatti integralmente. Il piano tuttavia deve assicurare comunque la soddisfazione di tali crediti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, considerando il valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia, attestato dalla relazione di un professionista qualificato secondo il disposto dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim.⁽³⁹⁾.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta alla deroga al principio della *par condicio creditorum*. Peraltro, tale caratteristica non rappresenterebbe un elemento sufficiente a collocare gli accordi di ristrutturazione al di fuori del perimetro delle procedure concorsuali.

Infatti, come si è detto, nel concordato preventivo è prevista, a vantaggio dell'imprenditore proponente, la facoltà di suddividere i creditori in classi, nel rispetto dei criteri della posizione giuridica e dell'omogeneità de-

⁽³⁸⁾ Si veda in merito MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, 1054.

⁽³⁹⁾ La suddivisione del ceto creditorio in classi con trattamenti differenziati, e la conseguente differenziazione di voto in ragione dell'eterogeneità degli interessi economici e delle posizioni giuridiche, comporta l'applicazione del principio di soggezione della minoranza alla volontà espressa dalla maggioranza dei creditori. Il professionista qualificato, chiamato a redigere la relazione ai sensi dell'art. 160 legge fallim., dovrà dunque in primo luogo identificare le cause di prelazione interessate, distinguendo ad esempio tra privilegi speciali e privilegi generali, per poi realizzare una valutazione dei beni oggetto di garanzia. Infatti la funzione precipua della relazione di cui all'art. 160 legge fallim. consiste nel determinare, benché indirettamente, la misura minima della percentuale di soddisfazione dei creditori privilegiati offerta con il concordato avendo come parametro quello che gli stessi percepirebbero senza la procedura concordataria ovvero in caso di liquidazione dell'impresa.

gli interessi economici (art. 160 legge fallim., comma 1, legge fallim.), nonché l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che contempli una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati, ponendo tuttavia il vincolo della certezza di una soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile tramite la liquidazione del bene oggetto della prelazione (art. 160 legge fallim., comma 2, legge fallim.)⁽⁴⁰⁾.

La deroga al principio del concorso risiede proprio nel parametro relativo all'interesse economico oltre che all'omogeneità degli interessi desumibile dalla considerazione delle fonte creditoria, dell'ammontare del credito, della data in cui il credito è sorto o scaduto. L'applicazione di tali criteri permette infatti una compiuta ed effettiva diversificazione delle classi, rendendo apprezzabile una proposta che viceversa in caso di classificazione solo apparente, incorrerebbe nella sanzione di inammissibilità⁽⁴¹⁾.

Il principio della *par condicio* non è dunque espunto dal concordato in quanto all'interno della stessa classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento, ma appare notevolmente mitigato giacché il suo raggio applicativo è riferito non più ai singoli creditori, bensì alle classi nelle quali essi sono eventualmente ripartiti⁽⁴²⁾. Si verifica dunque soltanto l'applicazione di una norma eccezionale, dettata per il concordato preventivo che deroga

⁽⁴⁰⁾ Anche recentemente, con la sentenza della Cassazione, 22 marzo 2010, n. 6901, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 418, la Suprema Corte ha stabilito che le disposizioni novellate della legge fallimentare in tema di concordato preventivo non influiscono sulla posizione dei creditori dotati di privilegio i quali quindi dovranno essere pagati per intero alle scadenze previste dal titolo, compresi gli interessi fin lì maturati, a meno che non si versi nell'ipotesi di incapienza del patrimonio del debitore assoggettato a privilegio. È necessario poi ricordare che, sebbene sia stato abrogato il riferimento alla percentuale minima del quaranta per cento dei crediti chirografari e adesso si disponga all'art. 160, legge fallim. la possibilità di suddividere i creditori in classi prevedendo trattamenti diversificati, il legislatore concede al debitore la facoltà di proporre la soddisfazione dei creditori «in qualsiasi forma» (quindi anche con dilazione) unicamente per quanto riguarda i chirografari. Invece i creditori privilegiati sono sottratti al voto proprio in quanto il risultato della votazione e la stessa proposta concordataria risultano loro indifferenti. Infatti la normativa attribuisce diritto di voto ai privilegiati esclusivamente in caso di «soddisfazione non integrale» e per la parte incapiiente.

⁽⁴¹⁾ Si veda in merito BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 228. Per quel che concerne il rapporto tra i differenti criteri a tale fine indicati dalla normativa fallimentare sia consentito, tuttavia, rinviare anche a DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, 2007, 102.

⁽⁴²⁾ In proposito si rinvia alle riflessioni di SANDULLI, *Commento sub art. 160 legge fallim.*, in NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, 987; PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO-FORGILLO, *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 1084; NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, 80. In posizione diversa S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 438, secondo la quale la previsione delle classi rende effettivo il principio della *par condicio creditorum*, neutralizzato dalla moltiplicazione geometrica dei privilegi.

parzialmente alle norme generali sul concorso dei creditori, senza tuttavia obliterare il principio paritario.

In ogni caso, nella procedura concordataria la possibilità di suddividere i creditori in classi rappresenta il superamento della visione volta a soddisfare i singoli diritti di credito tutelati dal sistema dei privilegi, in quanto la classe è la manifestazione di una visione collettiva del soddisfacimento salvaguardando i diritti dell'intero ceto creditorio. Prospettiva collettiva che invece manca negli accordi di ristrutturazione che costituiscono un ulteriore salto in avanti, ponendosi su un piano diverso rispetto alla *par condicio* concorsuale⁽⁴³⁾.

Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis* legge fallim. non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività ma come somma di tante teste: risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Di conseguenza l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Negli accordi di ristrutturazione non è presente, quindi, alcun residuo del principio paritario tra i creditori giacché l'imprenditore non ha nessun vincolo nella predisposizione del piano di risanamento e raggiunge un accordo con ciascun creditore. Il debitore ha la facoltà, non certo l'obbligo⁽⁴⁴⁾, di ripartire i creditori in classi, senza essere tenuto al rispetto dei cri-

⁽⁴³⁾ Si vedano in merito le lucide riflessioni ancora di FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 711, laddove osserva che «mentre i privilegi (...) trovano fondamento nella inerenza economica di alcuni crediti alla cosa gravata o nel vantaggio che si è procurato il debitore col conseguimento di una certa prestazione, vantaggio che però ridonda anche a favore di terzi; i vantaggi che derivano dalle classi attengono direttamente al beneficio collettivo che si può conseguire con l'accordo, per la sistemazione dell'insolvenza».

⁽⁴⁴⁾ Del resto anche in tema di concordato preventivo è oramai assai prevalente l'opinione per cui la divisione del ceto creditorio rappresenta una mera facoltà del proponente, essendo rimessa alla sua discrezionalità (si veda in proposito AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in DI MARZIO-MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 542; NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., 175; LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.*, 2009, 1132; BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, cit., 424; *contra* FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Il Fall.*, 2009, 437). Si rintracciano in tal senso numerosi indici testuali presenti nella disciplina, simmetricamente sia nel concordato preventivo che in quello fallimentare. In particolare, l'art. 160, comma 1°, stabilisce che l'imprenditore «può» e non «deve» raggruppare i creditori in classi a composizione omogenea. Inoltre, sia l'art. 163, comma 1°, in relazione all'ammissione del concordato, che l'art. 177, comma 1°, in tema di calcolo delle maggioranze, oltre all'art. 182-ter, comma 1°, sulla transazione fiscale, fanno riferimento all'ipotesi in cui siano previste diverse classi,

teri della «posizione giuridica» e «dell'omogeneità degli interessi economici»⁽⁴⁵⁾. Può infatti prevedere un trattamento differenziato anche tra creditori aventi le stesse caratteristiche, o financo una percentuale di soddisfazione maggiore per i chirografari rispetto a quella stabilita per i privilegiati. Quindi il regime della prededuzione è affatto estraneo ai crediti che sorgono dopo l'omologazione.

Inoltre, al momento della conclusione degli accordi di ristrutturazione l'imprenditore, in esito alle trattative con i creditori, potrà anche divergere dalle percentuali di pagamento predisposte inizialmente nella sua proposta, avendo la massima autonomia di contenuto. L'unico vincolo è rappresentato dall'assicurazione della soddisfazione integrale per i creditori che non aderiscono all'accordo, a prescindere dal loro grado di privilegio. Di conseguenza, in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti la divisione nell'ambito del ceto creditorio non avviene tenendo conto delle cause legittime di prelazione, bensì in base all'adesione o meno all'operazione di salvataggio dell'impresa, modalità caratteristica degli strumenti di gestione negoziale della crisi d'impresa a differenza delle procedure concorsuali liquidatorie⁽⁴⁶⁾.

lasciando dedurre, a contrario, come non vi siano ostacoli alla loro mancanza, non essendo un carattere necessario del concordato preventivo. Peraltro, non risponderebbe ad una fondata ragione economica la formazione di classi di creditori destinatarie di un medesimo trattamento, in quanto il trattamento differenziato costituisce l'esclusiva finalità per la previsione di classi dal punto di vista del proponente. La creazione di classi omogenee rappresenta quindi il limite previsto dalla legge all'autonomia del proponente di stabilire un trattamento diversificato per creditori appartenenti a classi differenti: in tal senso si comprende e si giustifica la deroga alla *par condicio*, in quanto la formazione delle classi è conseguenza della scelta del trattamento differenziato e non della disomogeneità del ceto creditorio. Infatti, solo se il debitore sceglie di avvalersi della facoltà di proporre un'offerta differenziata tra i creditori dovrà fornire una giustificazione soggetta al sindacato del giudice, il quale dovrà verificare la rispondenza a correttezza dei criteri di suddivisione.

⁽⁴⁵⁾ Nella prassi degli accordi di ristrutturazione dei debiti infatti si registra un frequente uso della divisione in classi tra i creditori, come si osserva in FERRO-RUGGIERO-DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2009, 469. Si veda in dottrina sul punto ABETE, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fallimentari*, in *Il Fall.*, 2009, 1244; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., 561; AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 196, che individuano nella sostanziale eliminazione della distinzione tra creditori chirografari e privilegiati una delle ragioni di possibile fortuna dell'istituto.

⁽⁴⁶⁾ Come opportunamente osserva FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fall.*, 2010, 898, infatti «mentre nelle procedure liquidatorie possiamo ancora distinguere fra creditori prededucibili, creditori privilegiati e creditori chirografari, quando la crisi dell'impresa viene regolata con gli

Tuttavia, il tratto precipuo che vale a distinguere gli accordi di ristrutturazione dalle procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. Giova infatti precisare la differenza tra *par condicio* e concorsualità, divergenza che consente di spiegare come il concordato preventivo, benché presenti dopo la stagione delle riforme una forte deroga alla parità di trattamento dei creditori di cui all'art. 2741 cod. civ., sia comunque incluso nell'ambito delle procedure concorsuali.

Concorsualità non deve infatti essere intesa quale comune partecipazione alla distribuzione del ricavato della vendita coattiva dei beni del debitore. Sarebbe sufficiente, in proposito, porre mente alla circostanza che nel concordato preventivo o nell'amministrazione straordinaria i creditori non «concorrono» in tal senso. All'opposto, risulta oltremodo riduttivo individuare il comune denominatore delle procedure concorsuali nella regolamentazione delle condotte dei creditori allo scopo di favorire il perseguimento di un interesse collettivo, ritenendo, come sostenuto da autorevole dottrina, che concorsualità significhi «regolare la corsa» dei creditori per evitare che l'arbitrio del singolo impedisca la realizzazione dell'interesse comune⁽⁴⁷⁾. Per scongiurare approfittamenti o asimmetrie informative basterebbe infatti il combinato disposto della *par condicio* e del principio di buona fede.

Si rivelerebbe forse più appagante considerare la concorsualità, dopo la c.d. stagione delle riforme, come un sistema informato ad offrire un insieme di regole specialmente processuali, ma strettamente legato all'universalità della responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740 cod. civ., che permette di mettere in corrispondenza la garanzia patrimoniale alle pretese dell'intero ceto creditorio inteso come gruppo, disciplinando le posizioni di conflitto tra creditori quando il patrimonio si rivela incapiente⁽⁴⁸⁾. Tutte le procedure

strumenti dell'autonomia negoziale queste nozioni tradizionali sono ampiamente recessive. Ormai i creditori si distinguono prevalentemente in relazione agli interessi economici di cui sono portatori e in particolare in relazione al modo in cui partecipano alla gestione della crisi, come co-protagonisti o come semplici comprimari o spettatori».

⁽⁴⁷⁾ In tal senso si veda TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004, VI, 59; ID., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, 4, secondo il quale la concorsualità consiste «nell'allineare tutti i concorrenti dietro un unico nastro di partenza, che impedisca ai più furbi, o ai più informati, di approfittare della confusione per avvantaggiarsi su chi è più indolente o, semplicemente, più corretto».

⁽⁴⁸⁾ Si vedano in merito le osservazioni di TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, III, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, 183; ID., *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004, 59; DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, 238.

concorsuali, infatti, interessano l'intero patrimonio del debitore, sia in senso statico che dinamico, e coinvolgono tutti i creditori.

La *par condicio creditorum*, invece, indica uno dei metodi di governo del concorso, ovvero un criterio sostanziale finalizzato a regolare i rapporti tra creditori che, appunto in concorso tra loro, ambiscono alla stessa garanzia patrimoniale,

L'istituto di cui all'art. 182-*bis* legge fallim., benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale – come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esaurendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale –, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato preventivo⁽⁴⁹⁾. Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

A *fortiori* l'eterogeneità tra gli accordi di ristrutturazione e procedure concorsuali emerge adottando la nozione tradizionale di concorsualità, focalizzata sul momento di realizzazione delle singole pretese creditorie mediante una proporzionale liquidazione dell'attivo, in un'ottica volta ad assicurare la paritetica soddisfazione dell'intero ceto creditorio attuando il principio della responsabilità patrimoniale⁽⁵⁰⁾.

L'ampia autonomia di cui gode l'imprenditore ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. in relazione al contenuto dell'accordo, che gli consente di plasmare l'operazione di ristrutturazione sulle caratteristiche concrete dell'impresa e del ceto creditorio, vale a collocare l'istituto *de quo* tra i contratti di diritto privato.

L'imprenditore e i creditori stipuleranno dunque un negozio socialmente tipico, a formazione progressiva, funzionale a perseguire l'obiettivo essenziale del soddisfacimento delle pretese creditorie, in combinato con l'esigenza di ristabilire l'equilibrio patrimoniale e finanziario, in modo da realizzare il salvataggio dell'impresa per mezzo del suo risanamento economico. La norma contenuta nella disciplina fallimentare si limita a concedere,

⁽⁴⁹⁾ Sul punto infatti ancora DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., 236, definisce la concorsualità come «un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo».

⁽⁵⁰⁾ In proposito si veda NASI, *Titolo del credito e concorsualità nell'espropriazione*, Milano, 1986, 17, e GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, 294.

in presenza di determinati requisiti (l'adesione di un numero di creditori che rappresenti almeno il sessanta per cento dell'esposizione debitoria e la capacità di procedere all'integrale pagamento dei creditori estranei), il beneficio dell'esenzione della revocatoria, e a tratteggiare, a testimonianza del *favor* di legge, un percorso agevolativo, stabilendo il divieto di azioni esecutive e cautelari per un determinato lasso di tempo.

Gli accordi di ristrutturazione si presentano dunque come un istituto non solo distinto dal concordato preventivo, ma anche dal novero delle procedure concorsuali.

9. *Permanenza della natura privatistica anche dopo le novelle.* – Dopo la recente riforma di cui alla legge n. 122 del 2010 che ha introdotto la sospensione delle azioni esecutive al pari dell'art. 168 legge fallim. in tema di concordato, si ritiene di poter ribadire il carattere negoziale degli accordi di ristrutturazione. Infatti, sebbene autorevole dottrina parli di «mutazione genetica» dell'istituto, non si riscontrano giustificazioni tali da poter inferire dalla protezione della fase delle trattative e dalla prededucibilità dei finanziamenti una ricostruzione dell'istituto quale «simulacro» di procedura concorsuale⁽⁵¹⁾. Benché sia diffusa l'opinione che qualifica il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative come un procedimento cautelare in senso tecnico⁽⁵²⁾, strumentale alla successiva fase di merito, si osserva come si tratti invece di una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riespande.

Mentre la moratoria delle azioni esecutive conseguenti alla data di presentazione del ricorso ai fini del concordato preventivo è volta ad evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive, assicurando ai creditori il mantenimento della *par condicio* in caso di eventuale apertura del

⁽⁵¹⁾ Opina in tal senso FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., 899, il quale aggiunge che dopo la recente riforma si accentua la «innaturale complessità duale» degli accordi, i quali costituiscono un istituto «a metà del guado». Sostiene come acquisita, dopo l'ultima riforma, la qualificazione degli accordi di cui all'art. 182-bis legge fallim. alla stregua di una procedura concorsuale TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, 1; DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi), in *Dir. fall.*, 2011, 17, sulla scorta di precedente dottrina tra cui cfr. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., *passim*; BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 480.

⁽⁵²⁾ In tal senso G. B. NARDECCHIA, *Sub art. 182-bis legge fallim.*, in CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, 833.

fallimento, negli accordi di ristrutturazione la sospensione è meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori c.d. *free riders*.

Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una «campana di vetro» in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai sensi del comma 6 dell'art. 182-*bis* legge fallim., potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Permangono quindi intatti i caratteri peculiari che valgono a connotare in senso privatistico gli accordi di ristrutturazione, posto che l'imprenditore, senza che intervenga alcuno spossessamento, ha facoltà di scegliere in piena autonomia le controparti creditorie al di fuori di ogni regola concorsuale, determinando altresì il contenuto dell'accordo, in assenza di un provvedimento di apertura o della nomina di organi della procedura e in spregio ad ogni principio di concorsualità e di *par condicio creditorum* ⁽⁵³⁾.

Inoltre, l'introduzione dell'art. 182-*quater* legge fallim. non va intesa nel senso di ribadire la disposizione di cui all'art. 111 legge fallim., volendo il legislatore affermare la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. La nuova disposizione introdotta, infatti, non assolve ad una funzione essenzialmente interpretativa, chiarendo che tra i crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» ex art. 111, trovano posto anche i crediti originati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione. Se così fosse infatti non si comprenderebbe perché la nuova disposizione riconosca il beneficio della prededuzione anche ai finanziamenti effettuati per un concordato preventivo, di cui non è stata mai messa in dubbio l'appartenenza alle procedure concorsuali.

La novella acquisterebbe significato dunque solo se si limitasse la portata dell'art. 111 legge fallim. esclusivamente alle spese strumentali ad una procedura concorsuale, ponendosi in linea con la lettera dello stesso articolo anteriore alla riforma, dove si ritenevano prededucibili «il pagamento delle spese (...) e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa». In tal modo si giustificerebbe il nuovo art. 182-*quater* legge fallim., riconoscendogli una forte e autonoma portata innovativa, funzionale ad estendere il beneficio della prededuzione sia per il concordato preventivo che per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Ribadisce la natura privatistica degli accordi CARMELLINO, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, comma 6*, in *Il Fall.*, 2011, 1222, e in giurisprudenza l'analitica motivazione del recente arresto del Tribunale Bologna, 17 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

⁽⁵⁴⁾ Si veda sul punto BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione*

Tanto meno vale affermare, a sostegno della natura concorsuale degli accordi, che la ristrutturazione si estenderebbe ai creditori non aderenti in quanto il pagamento dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso.

Infatti, l'assicurazione del regolare pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria, per cui il contratto di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. produce effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo⁽⁵⁵⁾. Le condizioni previste dall'accordo omologato non si propaleranno quindi ai creditori estranei, in quanto è assente un meccanismo che permette di imporre la volontà di alcuni creditori, attraverso il necessario passaggio giudiziale, ad altri dissenzienti, al pari di quanto previsto dall'art. 177 legge fallim. per il concordato preventivo. Tanto è vero che i creditori dissenzienti potranno aggredire ed escutere il patrimonio del debitore, tranne i pagamenti, gli atti e le garanzie in esecuzione dell'accordo, anche dopo che sia intervenuta l'omologazione giudiziale.

Il divieto di azioni esecutive e cautelari durante la negoziazione, a tutela della *discovery* del debitore, e la previsione della prevedibilità dei crediti originati dai finanziamenti non costituiscono, dunque, altro che un aumento di quell'«ombrello protettivo» che già nella versione originaria dell'istituto comprendeva l'esenzione dalla revocatoria. In particolare con l'anticipazione della fase di moratoria delle azioni il giudice effettua un controllo, affine a quello in sede di omologa, della presenza dei requisiti richiesti dal modello legale. Vi è certamente una maggiore proceduralizzazione degli accordi di ristrutturazione, ma l'intervento del Tribunale è solo eventuale e costituisce un controllo pur sommario sugli stessi presupposti oggetto del giudizio di omologazione, benché anticipato rispetto a quest'ultimo, limitandosi infatti ad una valutazione meramente volta a prevenire gli abusi e le proposte con funzione meramente dilatoria.

In particolare l'Autorità giudiziale nel corso delle trattative, solo però su richiesta del ricorrente, è tenuto a valutare la «completezza delle documentazione», effettuando inoltre con un controllo di legalità riferito ai presupposti richiesti dalla norma⁽⁵⁶⁾. Qualora la documentazione si riveli incom-

di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 199.

⁽⁵⁵⁾ In argomento si veda DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 33 e le riflessioni di GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 349.

⁽⁵⁶⁾ In proposito la decisione del Tribunale Roma, 4 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, ha affermato che «l'inibitoria di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare – pur

pleta il giudice dichiara inammissibile l'istanza oppure chiede l'integrazione documentale, altrimenti fissa l'udienza per la comparizione del debitore e dei creditori entro trenta giorni dal deposito dell'istanza che determina la litispendenza.

Quindi il Tribunale si pronuncia nel corso dell'udienza e, se sussistono i requisiti della maggioranza dei creditori e dell'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, dispone il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari assegnando il termine per il deposito dell'accordo e della relazione. In questa sede il giudice effettua un controllo di legalità e di correttezza in relazione ai requisiti per ottenere l'omologa fondato solo sulla dichiarazione del professionista circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono pendenti trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Nel giudizio di omologazione, dove è presente invece una relazione del professionista, l'Autorità giudiziale esegue un controllo più approfondito non più su una proposta ma su un accordo concluso con i creditori, verificandone l'attuabilità e soffermandosi sulla valutazione di esso offerta da parte dell'esperto, con particolare riferimento al pagamento dei creditori estranei, ma senza poter sindacare la probabilità di successo dell'operazione. Il giudice, pertanto, non assume una funzione «interventista», affiancandosi al suo ruolo di «stabilizzatore» che già gli competeva attraverso il giudizio di omologazione, un ruolo di «facilitatore» dell'accordo, proteggendolo dalle azioni esecutive e cautelari nel corso della sua formazione⁽³⁷⁾.

Ad ulteriore riprova della mancata inclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali, vale ricordare che nell'ultima versione (datata 24 luglio 2008) dell'allegato A del Regolamento CE 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere, successiva alla novella del 2007 che ha introdotto la sospensione delle azioni dalla data della pubblicazione, la figura di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. non è annoverata

essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica – non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta dovendo, invece, il giudice effettuare una verifica anche sostanziale sulla ricorrenza “dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al comma 1” nonché “delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”. Nello stesso senso cfr. Tribunale Roma, 13 marzo 2012, in *www.unijuris.it*.

⁽³⁷⁾ Tale terminologia è utilizzata da STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 314. Una funzione analoga è assolta dal giudice nell'ambito della procedura francese di *conciliation* dove gli artt. L. 611-8, comma 2, n. 3, e L. 611-7, comma 5 del *Code de commerce*, che riconoscono al giudice il potere di esercitare la facoltà di imporre al creditore una dilazione con una sospensione delle azioni esecutive ai sensi degli artt. 1244-1, 1244-2 e 1244-3 *Code civil*.

tra gli *insolvency proceedings* contenuti nell'elenco delle denominazioni delle procedure di insolvenza nella legislazione degli Stati membri⁽⁵⁸⁾.

Peraltro, con la recente legge n. 111 del 2011 il legislatore ha stabilito che gli imprenditori agricoli, pacificamente esonerati dal fallimento, possono invece sfruttare l'istituto degli accordi di ristrutturazione, dando la possibilità anche a tale tipologia imprenditoriale di accedere ad un istituto di composizione negoziale anche se non assoggettabile alle ordinarie procedure concorsuali.

Il legislatore della riforma, dunque, si limita a incoraggiare i creditori a continuare i rapporti con il debitore e a promuovere l'erogazione della c.d. «nuova finanza», creando un regime di favore per un particolare contratto, ritenuto meritevole di tutela, nell'ambito della crisi d'impresa, al pari di quanto accade ad esempio quando il fallimento si interseca con il contratto preliminare di immobile da costruire. Il contratto è quindi avvolto da una sovrastruttura procedimentale che assicura una protezione interinale – per mezzo della tutela dalle azioni esecutive e cautelari – e finale – mediante l'esenzione dalla revocatoria degli atti esecutivi dell'accordo –, senza tuttavia alterare la natura negoziale dell'istituto⁽⁵⁹⁾.

10. *Conseguenze della mancata qualificazione in senso concorsuale.* – Stante la qualificazione in senso privatistico dell'istituto in esame deve ritenersi inapplicabile l'art. 4 del d.lgs. n. 170 del 2004 che, in materia di contratti di garanzia finanziaria, consente al creditore di escutere il pegno anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione⁽⁶⁰⁾. Oltre alla lettera della suddetta disposizione, l'interpretazione in senso funzionale del divieto di azioni esecutive e cautelari previsto dall'art. 182-*bis* legge fallim., induce a concludere per l'inclusione nel divieto anche dell'impedimento di procedere all'escussione del pegno.

La mancanza di natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione comporta inoltre l'impossibilità dell'applicazione dell'istituto della consecuzione delle procedure, il cui persistente vigore è stato recentemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità⁽⁶¹⁾, in caso di esito negativo dell'accor-

⁽⁵⁸⁾ Tanto meno nella proposta di regolamento del Consiglio, presentata l'8 maggio 2008 dalla Commissione al fine di modificare gli allegati A e B del Regolamento CE 1346/2000 in seguito a riforme delle normative concorsuali di alcuni Stati membri, si riscontra il riferimento agli accordi di ristrutturazione della disciplina italiana.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto si veda DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 135.

⁽⁶⁰⁾ Si veda in merito FERRO, *La protezione contro gli atti di malgoverno del debitore e di autotutela dei creditori nelle differenti procedure*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, 19.

⁽⁶¹⁾ La Cassazione, 6 agosto 2010, n. 18437, in *Il Fall.*, 2011, 30, ha affermato sussistenza un'identità funzionale del concordato preventivo e del successivo fallimento, per cui qua-

do, cui segua un concordato preventivo e la successiva apertura della procedura fallimentare⁽⁶²⁾. Di conseguenza, non si dovrebbe verificare la retrodatazione degli effetti sostanziali della successiva sentenza dichiarativa di fallimento, computando a ritroso il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria a decorrere dal momento di instaurazione della prima procedura⁽⁶³⁾.

lora il debitore sia stato ammesso al primo perché insolvente si applicherà la norma speciale di cui all'art. 186, comma 5, legge fallim., il quale, attraverso il rinvio agli artt. 137 e 138 legge fallim. in materia di concordato fallimentare, dispone che in caso di accoglimento dell'istanza di risoluzione il Tribunale pronuncia sentenza con la quale risolve la procedura e contestualmente dichiara il fallimento; la suddetta disposizione prevale sull'art. 6 legge fallim. in quanto norma speciale (art. 14 preleggi), dimostrandosi inconferente l'abrogazione del c.d. fallimento d'ufficio. Si veda in merito BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in *Il Fall.*, 2011, 33.

⁽⁶²⁾ Il principio di *consecutio* di procedure concorsuali appare come sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale, nell'ambito della quale le varie fasi, rappresentate dalle procedure susseguentisi per conversione e trasformazione, assumono rilievo unitario. Qualora si aderisse alla posizione che rifiuta la consecuzione non si comprenderebbe peraltro l'utilità dell'art. 69-bis legge fallim., introdotto dal d.lgs. 6/2005, il quale prescrive che le azioni revocatorie previste dalla legge fallimentare *non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto*. La previsione di questa norma costituisce forse l'indizio decisivo ai fini della retrodatazione del periodo sospetto al momento del deposito della domanda di omologa dell'accordo ovvero dell'instaurazione della procedura di concordato preventivo. La scelta dell'istituto della decadenza in luogo della prescrizione cela evidentemente l'intento di sganciare l'esercizio della revocatoria dall'apertura del fallimento. Infatti, mentre la prescrizione comporta che il termine decorra appunto dalla dichiarazione di fallimento (momento a partire dal quale si può far valere il diritto), la previsione di cui all'art. 69-bis legge fallim. fa invece decorrere il termine di decadenza in un momento anteriore, e cioè al compimento dell'atto dispositivo. In tal modo oltre a ridurre le incertezze degli operatori sul mercato, che non sono in grado di valutare la durata del rischio revocatorio, soprattutto nel caso di consecuzione di procedure concorsuali, si realizzerebbe un'ulteriore conferma dell'identità sostanziale dell'azione revocatoria fallimentare con il più generale rimedio ordinario laddove, ai sensi dell'art. 2903 cod. civ., si collega il termine prescrizionale con la data di compimento dell'atto. Bisogna tuttavia osservare come l'intervento del *conditor legis* abbia generato alcune perplessità in ordine alla tutela del ceto creditorio. In proposito si osserva infatti che qualora si ammettesse che il termine quinquennale continuasse a correre anche successivamente all'apertura della procedura fallimentare si lederebbero oltremodo i diritti dei creditori (con pregiudizio del diritto di difesa ex art. 24 Cost.) nel caso in cui tale termine spirasse immediatamente dopo la data che segna l'inizio dell'esperibilità dell'azione revocatoria, cioè l'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese, privando in concreto i creditori della tutela pauliana. Giova dunque privilegiare una lettura «correttiva» dell'art. 69-bis legge fallim., secondo la quale l'azione non possa essere esercitata dopo cinque anni dal compimento dell'atto e comunque dopo 3 anni dalla dichiarazione di fallimento. Si vedano in merito le osservazioni di DOLMETTA, *Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su «termini» ed «esenzioni»*, in *www.il-caso.it*, 2005.

⁽⁶³⁾ In proposito si ricorda la posizione che afferma la consecuzione di procedure concorsuali nell'ipotesi in cui un accordo di ristrutturazione omologato sia successivamente risol-

Tale consecuzione sarebbe negata anche in considerazione del fatto che in caso di rigetto dell'omologazione non vi sarebbe un'automatica dichiarazione di fallimento, essendo venuta meno, in ipotesi di esito infausto della prima procedura, la necessaria successione officiosa senza soluzione di continuità. Non vi sarebbe quindi una consecuzione di procedure e la retrodatazione del *dies a quo* del c.d. periodo sospetto ai fini della revocatoria.

Tuttavia, giova considerare che la *ratio* della retrodatazione del *dies a quo* ha come presupposto la continuità causale e non temporale delle procedure, in quanto assume rilevanza non la mera insussistenza di un intervallo di tempo ma l'identità di crisi economica⁽⁶⁴⁾. Di conseguenza, poiché, come si è detto, dalla riforma del 2007 è stata stabilita, quale condizione di procedibilità per la domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione, la sussistenza di uno stato di crisi, nell'ipotesi in cui si ravvisi un infruttuoso risultato dell'accordo e sopraggiunga la declaratoria d'insolvenza ovvero l'apertura di una procedura concordataria, si potrebbe comunque ipotizzare di far decorrere il periodo sospetto ai fini della revocatoria dalla data di deposito della domanda di omologa dell'accordo⁽⁶⁵⁾. È però necessario che il fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione nega-

to FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in BONFATTI-FALCONE, *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, Milano, 2008, 302; per un opposto orientamento si veda BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in BONFATTI-CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 112; CENICOLA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in FORGILLO-CELENTANO, Milano, 2008, 1209. Sostengono invece l'impossibilità di retrodatare il periodo sospetto ai fini dell'esperimento delle azioni revocatorie BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo «tagliando» a tre anni dal «decreto competitività»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, 52; DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., 260.

⁽⁶⁴⁾ In tal senso Cassazione, 26 giugno 1992, n. 8013, in *Il Fall.*, 1992, 1027.

⁽⁶⁵⁾ Tra stato di crisi e insolvenza è infatti ravvisabile solo una differenza di grado, nel senso che il primo presupposto coinciderebbe con l'insolvenza reversibile prevista nella vecchia procedura di amministrazione controllata (in merito Cassazione, 28 febbraio 2000, n. 2211, in *Dir. fall.*, 2001, II, 382). Infatti la nozione di *crisi d'impresa*, mutuata dalle scienze aziendalistiche, indica la situazione di *distress* economico dell'impresa, che soltanto a posteriori all'esito infausto dei tentativi di ristrutturazione o di composizione concordata potrà essere configurata come insolvenza, dando luogo alla dichiarazione di fallimento (cfr. recentemente Cassazione, 28 novembre 2008, n. 28445, in *Il Fall.*, 2009, 739; Cassazione, 6 agosto 2010, n. 18437, in *Il Fall.*, 2011, 30). D'altra parte numerose pronunce hanno ritenuto sufficiente al fine di integrare l'insolvenza l'inadempimento anche di un solo debito se il mancato soddisfacimento sia indice di una condizione di dissesto (si veda *ex multis* Tribunale Sulmona, 20 maggio 2010, in *Il Fall.*, 2010, 997). Conseguentemente la giurisprudenza di merito successiva alla riforma ha più volte qualificato la crisi d'impresa in termini descrittivi, quale *situazione di squilibrio economico o di difficoltà finanziaria non ancora sfociate nel dissesto irreversibile* (così Tribunale Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il Fall.*, 2006, 222) ovvero in termini di *situazione di minore gravità potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza* (in tal senso Tribunale Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 570).

tiva della stessa crisi economica, sia pur di diversa gradazione, che aveva comportato *illo tempore* il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione.

L'elemento temporale non risulta però inconferente in quanto la sussistenza di un breve lasso di tempo costituisce un indizio, ai sensi dell'art. 2727 cod. civ., al fine della presunzione *iuris tantum* del rapporto identitario tra la crisi a fondamento dell'accordo *ex art. 182-bis*, e la crisi presupposto dell'apertura della successiva procedura concorsuale. Ovviamente il terzo convenuto in revocatoria potrebbe eventualmente eccepire l'interruzione del collegamento causale.

11. *La necessità di un'analisi di diritto civile nel diritto della crisi d'impresa.* – L'imprenditore in crisi nel perfezionare questi accordi esercita dunque un interesse legittimo di diritto privato, figura capace di attribuire una specifica qualificazione sostanziale a situazioni di interesse prodotte da poteri privati. Tale qualificazione si configura genericamente nella fattispecie in cui la realizzazione della posizione di vantaggio di un soggetto dipende dall'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'esercente una potestà di diritto privato⁽⁶⁶⁾. All'interesse dell'imprenditore corrisponde quello tutelato dei creditori, e di ogni altro titolare di un interesse contrario, di opporsi all'omologazione entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.

Il piano o programma di ristrutturazione, una volta ottenuto il consenso definitivo dei creditori, costituirà l'oggetto dell'accordo di ristrutturazione, ovvero di un contratto di diritto privato, a differenza del piano attestato di risanamento che è invece un atto imposto unilateralmente e non produce un effetto novativo nei rapporti di debito-credito⁽⁶⁷⁾.

Con l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione si realizza invece la novazione del rapporto debitore-creditore, ma l'effetto novativo (art. 1230, comma 2, cod. civ.) si potrebbe ottenere ugualmente anche in caso di esito negativo del giudizio omologatorio, qualora alla stipula del negozio risulti in modo «non equivoco» dalla volontà delle parti, e sarà efficace, come prescrive l'art. 1234 cod. civ., solo se sussiste l'obbligazione originaria⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. in tema GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, 640. Sull'interesse legittimo di diritto privato è imprescindibile l'analisi di BIGLIAZZI GERI, in *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967 e ID., voce *Interesse Legittimo: diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.*, IX, Torino, 1993, 527. Si vedano in merito anche le riflessioni contenute in BRECCIA-BRUSCUGLIA-BUSNELLI, *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001.

⁽⁶⁷⁾ Inoltre il piano attestato di risanamento consente comunque ai creditori dissenzienti di risolvere in via concorsuale la crisi, o di agire sperando azioni cautelari o esecutive.

⁽⁶⁸⁾ Sulla novazione in generale si veda su tutti PUGLIESE, *La novazione*, in PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Torino, 2010, 3.

Dall'accordo potranno inoltre derivare effetti remissori sulle obbligazioni precedentemente assunte.

Tali contratti di risanamento saranno validi ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela, infatti in caso di insuccesso dell'accordo, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione del contratto stesso (a meno che non sia stato previsto come condizione risolutiva espressa), ma indicherà la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno domandare l'ammissione al passivo.

Si permette così all'autonomia privata di esplicitarsi in un quadro di regole eteronome esaltando l'intreccio virtuoso fra crisi d'impresa e contratto.

Valga in merito ricordare che la regola privata è forgiata nell'osservanza di norme create «non da parte dello stesso titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo», rivelandosi dunque eteronome. Occorre inoltre considerare come «il valido esercizio dell'autonomia è condizionato all'adempimento di determinati oneri identificati, dall'esterno, dall'ordinamento»⁽⁶⁹⁾. Sembrano riecheggiare le parole di Luigi Einaudi allorché afferma che «l'uomo liberale non si oppone alla estensione del metodo dei vincoli, delle norme obbligatorie dai campi già regolati dal diritto romano a quello dei rapporti economici e sociali nati nelle età moderne; ma vuole che i vincoli siano uguali per tutti, oggettivamente fissati e non arbitrari»⁽⁷⁰⁾.

La composizione negoziale dell'insolvenza affida dunque allo strumento del contratto il governo della crisi rimettendosi al diritto civile⁽⁷¹⁾, nelle cui risorse bisogna rintracciare i mezzi per razionalizzare i rischi gestori di un'attività condotta nei confronti di un'impresa in dissesto, in modo da evitare i pericoli di una prospettiva di «anarchia di mercato» e al fine di colmare le numerose lacune che la norma-cornice di cui all'art. 182-*bis*, pur duttile e cautelativa, presenta.

Infatti, affidando meramente la gestione della crisi d'impresa al c.d. mercato non sarebbero i creditori in quanto tali ad avere maggior potere, ma unicamente le classi di creditori più strutturate e forti i quali avrebbero

⁽⁶⁹⁾ Così GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 12, il quale a sua volta cita PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 335

⁽⁷⁰⁾ EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, in *Id.*, *Prediche inutili*, IV, Torino, 1957, 218.

⁽⁷¹⁾ In tema IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 108 osserva che «l'unità del diritto privato andrebbe perduta, se, accanto al regime degli scambi civili, si delineasse a mano a mano un regime degli scambi commerciali: il rischio può evitarsi (...) ricostruendo il diritto privato intorno all'impresa e ridefinendo, con lucidità di analisi la funzione e la misura della volontà individuale».

«le redini» della gestione dell'insolvenza, potendo prevalere anche sugli appartenenti al ceto creditorio connotati di maggiore debolezza⁽⁷²⁾.

Le posizioni dei vari contraenti sono caratterizzate da un intrinseco squilibrio, foriero di soluzioni ingiuste in quanto al potenziamento del carattere «bancocentrico» del sistema economico si accompagnerebbe il pericolo di un peggioramento della qualità del sistema dei pagamenti per la generalità dei creditori⁽⁷³⁾.

Del resto, il ricorso alle clausole generali come la buona fede, la diligenza, la correttezza professionale, o l'abuso del diritto, mediati attraverso l'elemento della ragionevolezza, possono rappresentare utili criteri per orientare e valutare la condotta delle parti, oltre che l'attuabilità dell'accordo.

Gli strumenti propri del diritto privato, possono dunque scongiurare i comunque presenti pericoli di scorrettezza nel negoziato tra le parti, con rischi di squilibrio informativo, di asimmetrie distributive nell'esecuzione dell'accordo e di difficoltà di tutela di interessi contrattualmente deboli⁽⁷⁴⁾, ricercando la regola «che favorisca libertà e parità effettive senza vanificare l'efficienza economica»⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Come sostiene FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Il Fall.*, 2008, 5. In proposito appare fondata la preoccupazione di GABRIELLI, in *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Id.*, *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, 290, laddove afferma la necessità di evitare che la figura degli accordi di ristrutturazione divengano «una sorta di schermo protettivo dietro il quale giustificare quelle costruzioni di c.d. «ingegneria concorsuale» che in realtà sovente nascondono vere e proprie operazioni illecite o comunque poste in essere in frode ai creditori o ad alcune delle loro possibili «classi»». Analogamente, DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, 905 appare particolarmente critico rispetto ai pericoli della stessa impostazione privatistica laddove afferma che «nei secoli, l'insolvenza dell'impresa, mai è stata considerata come una situazione da abbandonare all'autonomia dei privati», per cui «l'abbandono della crisi dell'impresa all'iniziativa dei «creditori forti» è un fenomeno patologico che non va subito con rassegnazione». Si veda sul tema anche MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, 1047 e ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 6. In merito alle lacune ed imprecisioni della normativa cfr. su tutti PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 20 e DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, in *Il Fall.*, 2007, 705.

⁽⁷³⁾ Cfr. ROSSI, *Introduzione*, in *Atti del convegno di studi «Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali»*, Milano, 2006, 15.

⁽⁷⁴⁾ Valga richiamare in proposito la lucida analisi di BRECCIA in *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 380, laddove osserva che «il diritto comune contrattuale nel presupporre un livello massimo di astrazione e di generalità (...) contribuisce all'edificazione di un sistema su basi uniformi, e in tal senso incompatibili con privilegiate diversità». E ancora: «ci si trova su un piano che è indiscutibilmente comune, in un contesto normativo che funge soprattutto da cornice delle regole contrattuali private e da correttivo generale alle possibili disfunzioni dell'auto-regolamentazione».

⁽⁷⁵⁾ Così BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, III, Torino, 1999,

In questo senso si verifica una sorta di «ritorno al futuro» dal momento che si recupera, sotto l'insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del '42, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l'accordo amichevole di natura contrattuale⁽⁷⁶⁾. A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l'araba fenice, tornare a produrre valore⁽⁷⁷⁾, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato all'interno di una cornice normativa.

Il maggior ruolo assegnato all'autonomia dei privati nella gestione della crisi d'impresa, nell'ambito di quello che è definito «diritto per l'economia»⁽⁷⁸⁾, permette dunque di applicare meccanismi di mercato anche nella delicata fase della crisi d'impresa, provando a salvaguardare al pari la tutela del credito, l'integrità del patrimonio sociale e quindi anche la stessa capacità di reddito dell'impresa, con inevitabili riflessi sul ruolo dell'organo giudiziario.

La disciplina ha infatti perso la tradizionale valenza di normativa dominata dalla procedura fallimentare, tanto da assumere la denominazione sineddnotica di «legge fallimentare», benché comprendesse altresì la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e il concordato preventivo. Neppure la più lata definizione di «diritto concorsuale» può rendere pienamente giustizia di una disciplina che comprende anche gli istituti negoziali.

Con l'adozione di una concezione alternativa basata sul più ampio concetto di stato di crisi nell'ottica della conservazione dell'impresa e fortemente caratterizzata dall'autonomia privata si è appunto assunta la qualificazione di «diritto della crisi d'impresa»⁽⁷⁹⁾.

192. Lo stesso BRECCIA in *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 597 evidenzia del resto il passaggio «da un'immagine dell'autonomia corrispondente al brocardo mitico *stat pro ratione voluntas* a un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali».

⁽⁷⁶⁾ Sul punto cfr. ancora FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 49.

⁽⁷⁷⁾ Si veda in proposito GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, con, in appendice, l'illustrazione del dissesto e del risanamento del gruppo Rizzoli negli anni 1982-1984.

⁽⁷⁸⁾ In questo senso si vedano le interessanti riflessioni di CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 887.

⁽⁷⁹⁾ Ciò emerge da numerosi indici della nuova normativa, quali, tra gli altri, l'implementazione degli accordi di ristrutturazione con la protezione *ope legis* dalle azioni esecutive

Si deduce che il diritto fallimentare deve essere riletto come illuminato dalla nuova luce privatistica, assumendo il diritto privato generale come disciplina ordinante l'ambito della crisi per espressa volontà del legislatore, il quale negli accordi di ristrutturazione fa appello allo strumento contrattuale per rintracciare le coordinate di istituti necessari là dove si tracciano mere previsioni di effetti giuridici sprovviste di fattispecie⁽⁸⁰⁾.

Benché occorra seguire la raccomandazione per cui si debba «collegare le linee del sistema allo specifico dato normativo del microsistema fallimentare nel suo profilo dinamico»⁽⁸¹⁾, nella fattispecie degli accordi di ristrutturazione non si tratterebbe del ricorso alle regole e ai principi generali filtrati dalla specialità da un diritto settoriale, bensì dell'«innesto» di un contratto di diritto privato nella disciplina della crisi d'impresa priva di autosufficienza tecnica.

Se infatti vale ribadire l'affermazione per cui il c.d. diritto secondo non può deragliare dal diritto primo se non in forza di una precisa regola derogatrice⁽⁸²⁾, negli accordi di ristrutturazione non si pone neppure la questione del rapporto tra diritto primo e diritti secondi, in quanto l'art. 182-*bis* legge fallim. non costituisce una norma derogatrice, ma affermativa del diritto contrattuale generale nel quale occorre trovare le coordinate di disciplina.

In una temperie caratterizzata dalla complessità del reale assunta a «categoria generale della scienza giuridica»⁽⁸³⁾, si assiste dunque ad una rinnovata unità tra la concretezza del diritto commerciale – sotto la cui sistemazione «palpita la dinamica della vita, ed essa non deve essere affogata dalla dialettica dell'astrazione»⁽⁸⁴⁾ – e la sistematica speculativa del diritto civile.

e cautelari, l'agevolazione all'accesso al concordato preventivo, il riconoscimento della facoltà al fallito di presentare una proposta di concordato fallimentare entro un anno dalla declaratoria.

⁽⁸⁰⁾ Valga richiamare in merito le approfondite osservazioni di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397, criticate da LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 541.

⁽⁸¹⁾ Così Cassazione, sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Dir. fall.*, 1997, II, 655. Sulla stessa scia si richiama l'insegnamento di OPPO, *L'unità sistematica dell'ordine giuridico*, in Russo, (a cura di), *Interpretazione della legge e «ragione giuridica»*, Padova, 2003, 166, secondo il quale «affermare l'unità sistematica del diritto privato non significa negare l'esistenza di (...) sottosistemi, ai quali applicare, anche in ragione della loro particolarità, criteri interpretativi qualificati e qualificanti».

⁽⁸²⁾ Si veda in proposito MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di NAPOLI, Milano, 2004, 59; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 179.

⁽⁸³⁾ Così FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, 203.

⁽⁸⁴⁾ In tal senso VIVANTE, *La riforma delle leggi commerciali attraverso l'ordinamento corporativo*, in *Atti del I° Congresso Giuridico Italiano. Le relazioni*, Roma, 1933, 489.

Il c.d. diritto negoziale della crisi d'impresa pare dunque espressione di una sorta di «giudizio sintetico a priori» che congiunge la costruzione concettuale del sistema alla dimensione concreta del problema, in modo da legittimare il tentativo di applicare l'apparato strumentale civilistico al fenomeno della crisi d'impresa, al fine di individuare una soluzione efficiente⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ In proposito si vedano le illuminanti riflessioni di DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 49, il quale afferma che «proprio l'attenzione alla dimensione problematica dell'esperienza giuridica consente l'elaborazione della soluzione introno al caso singolo; ma quella soluzione si guadagna dietro il preliminare raffronto dell'ipotesi affacciata con le compatibilità di sistema». Per un approfondimento metodologico, si veda MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giudicio*, in *Jus*, 1976, 3; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 321.